

DIREITO PROCESSUAL

DIAGNÓSTICO E PROGNÓSTICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O CONTROLE DIFUSO E INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE E A DESNATURAÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Ricardo Borges Amado¹

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Visão Teórica do Modelo Difuso e Incidentar de Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos II. 1. Origens do Modelo Difuso e Incidentar: a Contribuição Americana. II. 2. Características do Modelo Difuso e Incidentar de Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos III. Do Processo de Desnaturalização da Corte Constitucional Brasileira III. 1. Esboço Histórico do Judiciário Nacional e as Origens do Supremo Tribunal Federal. III. 2. A Trajetória Brasileira na Recepção do Controle de Constitucionalidade. III. 3. A Extinta Arguição de Relevância da Questão Federal. III. 4. O Modelo Difuso e Incidentar de Controle de Constitucionalidade no Brasil Pós-1988. IV. Medidas de Recuperação da Função Constitucional da Corte Mario Brasileira. IV. 1. Repercussão Geral: Primeiro Remédio para a Crise. IV. 2. Súmula Vinculante: Segundo Remédio para a Crise. IV.3. O Garantismo Procedimental como Resposta às Críticas Técnico-Judiciais. V. Conclusão. VI. Bibliografia.

I. Introdução

Hodiernamente, ouve-se com certa habitualidade que o STF encontra-se sufocado de processos não conseguindo dar conta, infelizmente, de tanto trabalho. Há

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense e pós-graduado em Direito da Administração Pública pela mesma Universidade. Monitor das disciplinas Direito Internacional Público em 2005 e Teoria Geral do Processo em 2006. E-mail: ricardo.amado@gmail.com. O presente artigo baseou-se num trabalho apresentado para conclusão da disciplina Direito Constitucional no Curso de Especialização em Direito da Administração Pública (CEDAP) da Universidade Federal Fluminense em 2008.

ainda comentários de que a Corte Constitucional Brasileira perdeu este caráter específico para tornar-se mais um grau recursal, passando a ser, portanto, mais uma instância ordinária do Poder Judiciário.

Qualquer pessoa que acompanhe a atividade dos órgãos jurisdicionais percebe, empiricamente, que as assertivas supra são verdadeiras, porém, deve-se reconhecer que tais afirmações carecem de maior concretude e precisão. Fala-se, constantemente, que o Pretório Excelso encontra-se com número de processo em demasia, porém, qual é esse número? Se ele perdeu o caráter de Corte Constitucional, quais os tipos de processo que a Corte Maior vem examinando no exercício de sua função típica? A partir de quando se deu a desnaturação de sua atividade? Teve o controle difuso e incidental de constitucionalidade participação neste processo?

Todas essas questões merecem análise para se poder afirmar convictamente que as assertivas supra são verdadeiras. Assim, são necessários dados concretos para se poder cogitar de uma teoria de inoperabilidade do Judiciário Nacional e, em especial, do STF.

Este é o escopo do presente trabalho. Valendo-se de estatísticas fornecidas pelo próprio STF através de seu sítio na Internet², pretende-se fazer um balanço de sua atuação ao longo dos últimos anos, em especial a partir 1988, momento em que a CRFB conferiu-lhe a competência atual.

Tenta-se constatar também, com base nos dados obtidos, se a ausência de mecanismos de filtragem de relevância ou repercussão geral para os recursos advindos do controle difuso e incidental de constitucionalidade teve o condão de sufocar a atuação da Corte Maior.

Porém, para se fazer uma análise crítica dos dados, mister se faz, antes, uma apresentação teórica da temática, demonstrando não só a origem do controle

² www.stf.jus.gov.br

difuso e incidental de constitucionalidade, como também as suas principais características ontológicas. Feita essa abordagem, analisa-se também a recepção do instituto pelo ordenamento jurídico pátrio, pela Carta Política de 1891, tendo em vista que se cuida de uma prática desenvolvida originariamente nos EUA. Teria esta recepção sido feita da melhor maneira, adequando-se o instituto à sistemática jurídica nacional? Ou teria este processo criado algum tipo de mácula que repercutiu negativamente no momento presente?

Essas respostas só podem ser obtidas com um estudo sobre a trajetória do poder Judiciário Brasileiro e, em especial do modelo difuso e incidental de controle de constitucionalidade. Neste último caso, dar-se-á a ênfase no período pós-1988, tendo em vista que foi a Constituição deste momento que conferiu a competência atual do STF e que, como se observará, a situação caótica hodierna, objeto deste estudo, originou-se nos idos dos anos de 1990.

Diante do quadro calamitoso que se instalou, fez-se necessário a criação de mecanismos com vistas à “desafogar” o STF, restaurando-lhe o caráter de Corte Constitucional, com todas as funções a ela inerentes. Tais instrumentos foram trazidos pela Emenda Constitucional 45/04, vale dizer, os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, que, atuando diretamente no modelo difuso e incidental de controle de constitucionalidade, pretende reduzir significativamente o número de processos que chegam até o Tribunal em epígrafe.

Por serem uma resposta ao quadro delineado, tais institutos também serão objeto de análise neste estudo, em tópicos especiais, com a finalidade de demonstrar de que maneira eles podem contribuir para a melhoria do judiciário nacional.

Logicamente cuida-se de temática complexa e este trabalho não possui a pretensão de tentar esgotar todas as análises e críticas possíveis a ela. Muito pelo contrário, cuida-se de um simples relatório confirmatório das discussões realizadas em

sala de aula durante a disciplina de Direito Constitucional do Curso de Especialização em Direito da Administração Pública.

Tais temas foram amplamente discutidos durante o estudo da matéria “controle de constitucionalidade de leis e atos normativos” e, por essa razão, realizou-se o presente trabalho com este viés especial, para fugir à mera reprodução dos comentários já realizados pelo professor e pelos alunos através de uma abordagem diferenciada, com fundamentos em dados e raciocínios impossíveis de serem levados às aulas por razões de exigüidade de tempo, porém, perfeitamente possíveis de serem percorridos num trabalho.

Espera-se, assim, a conclusão da disciplina através deste breve relatório, onde os principais debates foram retratados, fundamentados em dados fáticos que complementam as preleções realizadas ao longo do curso.

II. Visão Teórica do Modelo Difuso e Incidental de Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos

II.1. Origens do Modelo Difuso e Incidental: a Contribuição Americana

Para se analisar as origens do modelo de controle de constitucionalidade difuso e incidental deve-se transcender aos limites temporais e geográficos, reportando-se ao século XIX e aos Estados Unidos da América. O país ora em análise contribuiu significativamente para o direito constitucional moderno através da construção de vários institutos como o federalismo e o princípio da supremacia da constituição, por exemplo. A sua Carta Maior, datada de 1787, é tida como a primeira constituição escrita, no sentido contemporâneo do termo, e a sistemática do *judicial review*, desenvolvida por sua Suprema Corte, foi precursora no que tange ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Por essa razão, ao se estudar o controle difuso de constitucionalidade, deve-se iniciar o estudo sempre com a análise da contribuição americana para a temática.

Ainda no período colonial, diferentemente do que ocorria nos países europeus, os EUA adotaram a doutrina inglesa capitaneada por Edward Coke, segundo a qual seria função dos magistrados o controle das leis contrárias à *Common Law*, negando-lhes, conseqüentemente, a sua aplicação. Neste sentido, cumpre destacar passagem de BINENBOJM (A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização), que muito bem examina a questão supra:

“O direito norte-americano *receptionou*, desde os tempos coloniais, as teses desenvolvidas durante o século XVII, na Inglaterra, por Edward Coke, já anteriormente expostas, segundo as quais, os juízes deveriam controlar a legitimidade das leis votadas pelo Parlamento, negando aplicação àquelas contrárias à *Common Law*. Transferindo o raciocínio para a realidade colonial, os juízes muitas vezes negavam aplicação a normas de direito local consideradas incompatíveis com as ‘Cartas’ outorgadas pela Coroa a cada uma das colônias.” (grifos no original).

Não obstante a forte influência externa, a teorização não era somente exógena. No território americano, a questão também era discutida em sede doutrinária, podendo-se destacar as Cartas Federalistas de número LXXVIII e LXXXI, onde a questão do controle judicial da validade das leis fora examinada por Alexander Hamilton.

A despeito do debate e de toda a contribuição teórica, a Constituição de 1787 não consagrou de forma expressa o sistema de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Ocorre que, não obstante tal omissão, prescreveu uma norma que futuramente serviria de fundamento do controle, qual seja, a cláusula da supremacia da constituição (*supremacy clause*), prevista no art. VI, item 2 da Carta de 1787, que proclamava a superioridade da constituição sobre o ordenamento jurídico.

A prescrição da supremacia da constituição possibilitou que, em sede jurisprudencial, fosse desenvolvida a sistemática do controle difuso de constitucionalidade, que passou a delinear os rumos do direito constitucional americano ao longo dos anos vindouros, principalmente do século XX.

O episódio paradigmático da sistemática ora analisada é o famoso caso *William Marbury X James Madison*, de conhecimento de qualquer estudioso do direito. Tendo em vista a sua popularidade no mundo acadêmico, não haverá uma pormenorização histórica do fato, sob pena do presente trabalho tornar-se um *déjà vu* enfadonho para o leitor. Porém, um estudo jurídico se faz necessário, para a compreensão da temática que intitula a presente preleção.

Sumariamente, William Marbury, nomeado juiz de paz pelo então presidente John Adams teve a sua posse recusada pelo Secretário de Estado James Madison, que recebera orientação neste sentido do presidente Jefferson, sucessor do primeiro. Diante da negativa, Marbury impetrou o *writ of mandamus* junto à Suprema Corte americana com base no *The Judiciary Act*³, objetivando o reconhecimento de seu direito.

Como se pode observar, tratava-se de uma questão eminentemente política e, desta feita, mister se fazia um tratamento proporcionalmente diplomático. E assim foi feito. O habilidoso magistrado John Marshall, então presidente da Suprema Cúria, adotou uma técnica decisória interessante e inteligente. Invertendo a ordem de julgamento, primeiro reconheceu o direito de William Marbury para, posteriormente, negar a aplicação do *Judiciary Act* de 1789, que instituía a competência da Suprema Corte para o *writ* proposto pelo ofendido.

Entendeu o magistrado que a competência da Corte Constitucional estava disposta taxativamente na Constituição, não podendo ser ampliada por força de lei. Por essa razão, qualquer atribuição de competência teria de ser feita por emenda à constituição e não por ato legislativo ordinário. Dessa maneira, o julgador reconheceu a existência do direito, mas, ao não aplicá-lo, evitou uma grave crise entre as instituições políticas, ao mesmo tempo em que insculpia na história a competência do judiciário

³ O *Judiciary Act* cuidava-se de uma lei de 1789 que atribuía à Corte Suprema competência originária para processar e julgar ações daquela natureza.

para o controle de constitucionalidade difuso e incidental. Cumpre destacar parte de seu voto que sintetiza toda a teoria desenvolvida (MARSHALL, John *apud* BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.* p. 33) :

“Enfaticamente, é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é a lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com a outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas.

Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição, se aplicadas ambas a um caso particular, o tribunal se vê na contingência de decidir a questão em conformidade com a lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei; o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário.

Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la, e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam.”

Com essa decisão, reconhecia-se o direito (dever) dos juízes de interpretar a constituição, negando aplicação, no caso a eles submetido, das leis contrárias à Carta Magna. Seria um consectário lógico do art. VI, item 2 da Lei Maior de 1787, que introduziu o controle de constitucionalidade judicial, difuso e incidental nos anais da história constitucional moderna. Neste sentido, vale evidenciar a preleção de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco acerca desta contribuição histórica:

“Esse modelo de controle de constitucionalidade desenvolve-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte americana, especialmente no caso *Marbury v. Madison*, de 1903. A ruptura que a *judicial review* americana consagra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento vai provocar uma mudança de paradigmas. A simplicidade da forma – reconhecimento da competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa – vai ser determinante para a sua adoção em diversos países do mundo”. (grifos no original).

Dentro desse contexto, qualquer questão referente à adequação entre ato normativo primário e a constituição pode ser submetido ao Poder Judiciário, cabendo à Suprema Corte proferir a palavra final sobre a validade da norma questionada, removendo, assim, a incerteza jurídica sobre a aplicabilidade do ato.

Ocorre que, na sistemática norte-americana, diferentemente do que se passa no Brasil, a jurisdição constitucional obedece à lógica dos precedentes vinculantes segundo a qual a decisão proferida pela Corte Constitucional americana vincula todos os demais órgãos jurisdicionais, bem como os demais Poderes do Estado. Nesse sentido, vale destacar a lição de Paulo Bonavides sobre o tema ora estudado:

“Estabeleceu-se desde aí um sistema americano de controle que consagra a via de exceção, de modo que todo tribunal federal ou estadual, não importa a sua natureza ou grau hierárquico, poderá exercer esse controle, sentenciando numa demanda a inconstitucionalidade da lei.

As vias recursais se exaurem no aresto final da Suprema Corte. Exerce ela função unificadora da jurisprudência, pondo termo assim, às vacilações interpretativas do mesmo passo que remove o estado de incerteza e apreensão acerca da validade da lei, oriunda de decisões contraditórias dos órgãos de jurisdição inferior.”

Em tópico específico analisar-se-á como se procedeu a recepção deste modelo pelo direito brasileiro, observando-se eventuais equivocos nesta recepção. Um dos problemas que pode ser apontado está no não aproveitamento da sistemática dos precedentes vinculativos, que acabou por gerar uma repetição de causas na Suprema Corte Brasileira, descaracterizando o seu aspecto de Tribunal Constitucional. Como dito, tais dificuldades serão mais bem abordadas em item próprio.

II. 2 Características do Modelo Difuso e Incidental de Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos

Feita a introdução histórica do modelo difuso e incidental de controle de constitucionalidade, com suas características básicas, cumpre agora tecer alguns

comentários mais específicos sobre a temática, que servirá de instrumento para o êxito no desenvolvimento nos futuros tópicos do presente trabalho.

Conforme preleção americana, a jurisdição constitucional, sob o prisma difuso e incidental, consiste na modalidade de aferição em que se reconhece a todos os juízes e tribunais a competência de negar a aplicação de norma tida como contrária a Carta Maior. Neste sentido, são interessantes os apontamentos de CANOTILHO sobre a questão ora em análise:

“O processo de fiscalização concreta de normas jurídicas, designado também por **processo incidental ou ação judicial de inconstitucionalidade** (*Richterklage*), traduz a consagração do direito (e dever) de fiscalização dos juízes (*judicial review*) relativamente a normas a aplicar a um caso concreto.

Uma norma em desconformidade material, formal ou procedimental com a constituição é nula, devendo o juiz, antes de decidir qualquer caso concreto de acordo com esta norma, examinar (“direito de exame”, “direito de fiscalização”) se ela viola as normas e princípios da constituição. Desta forma, os juízes têm “acesso direto à constituição”, aplicando ou desaplicando normas cuja constitucionalidade foi impugnada”. (grifos no original).

Trata-se de um procedimento que também recebe a rubrica de controle por via de defesa ou de exceção, tendo em vista que as partes litigantes numa querela submetida à juízo podem invocar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo para obterem pronunciamento nesse sentido, eximindo-se da necessidade de observar a norma inconstitucional.

Logicamente, esse modelo possibilita a revisão da decisão de um órgão jurisdicional hierarquicamente inferior por outro superior, havendo sempre um órgão responsável pela palavra final acerca da constitucionalidade da norma impugnada no caso concreto. No caso dos EUA, cabe à Corte Suprema tal atribuição e, no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário.

Interessante destacar que, de acordo com a sistemática adotada pelo Brasil, a aferição da constitucionalidade da norma não se faz como objeto principal da causa judicial, mas sim incidentalmente, como causa de pedir de uma controvérsia existente entre as partes. Assim, a aferição de validade da norma ocorre sempre na fundamentação da decisão e não na parte dispositiva, restrita à decisão da situação concreta submetida ao órgão jurisdicional. Por essa razão, no direito brasileiro, a decisão sobre a adequação constitucional da norma proferida no controle difuso não faz coisa julgada, uma vez que só adquire tal qualidade a parte dispositiva, nos termos do art. 469 *caput* e incisos do Código de Processo Civil brasileiro.

Enquanto na Europa a jurisdição constitucional era incipiente, ainda no plano teórico, o modelo difuso norte-americano foi incorporado pelo Brasil, com certo pioneirismo, na Carta Constitucional de 1891. Ocorre que tal recepção não ocorreu de maneira absoluta, com a incorporação plena de toda a sistemática. Houve, em verdade, uma filtragem com relação a certos institutos existentes na matriz, fato que gerou um modelo peculiar ao ordenamento brasileiro, com seus méritos e deméritos.

III. Do Processo de Desnaturalização da Corte Constitucional Brasileira

III. 1. Esboço Histórico do Judiciário Nacional e as Origens do Supremo Tribunal Federal

No Brasil, o Poder Judiciário teve origem ainda no período colonial, através dos Tribunais da Relação. Tais cortes, contudo, não lograram papel significativo dentro desse contexto histórico, até porque se tratavam de tribunais de uma colônia, fato que impossibilitava uma postura independente dos mesmos. Por essa razão, pouca referência se encontra na doutrina nacional, no que tange à atuação destes tribunais.

A emancipação da Justiça Brasileira ocorreu somente com a vinda da Corte Portuguesa para o Brasil em 1808, momento em que foi criada a Casa da Suplicação do Brasil com a atribuição de ser a última instância de julgamento no País.

Neste sentido é o teor do alvará de 10 de maio de 1808, editado pelo então príncipe regente D. João VI⁴:

“I – A Relação desta cidade se denominará Casa da Suplicação do Brasil, e será considerada como Superior Tribunal de Justiça para se findarem ali todos os pleitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso, que não seja o das Revistas, nos termos restritos do que se acha disposto nas Minhas Ordenações, Leis e mais Disposições. E terão os Ministros a mesma alçada que têm os da Casa da Suplicação de Lisboa. (...)”

A Casa da Suplicação criada em 1808 assumiu papel de importância porque, em dezembro de 1815, o Estado do Brasil foi elevado à categoria de Reino Unido a Portugal e Algarves, passando a ser, portanto, a cúpula do judiciário de um Estado e não mais de uma colônia como seus antecessores o foram.

Alguns anos depois, com a proclamação da Independência e a edição da Constituição do Império, a referida Corte de Suplicação passou a denominar-se Supremo Tribunal de Justiça, composto por 17 magistrados, nos termos do art. 163 da referida Constituição, mantendo a atribuição de última instância do Judiciário Nacional. Nesse momento ainda não havia que se falar em controle de constitucionalidade no Brasil, não obstante o julgamento do caso Marbury X Madison já ter ocorrido nos EUA em 1803.

A despeito do alvorecer da jurisdição constitucional americana, a Carta Imperial de 1824 recebeu influência direta da doutrina francesa, onde imperava o ideal de separação rígida entre os poderes, bem como do modelo inglês de supremacia do Parlamento. Desta feita, não caberia ao judiciário decidir sobre a (in)constitucionalidade de leis e atos normativos à luz da teoria constitucional adotada.

⁴ Fonte: Histórico do STF. Sítio na Internet: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em 20 de novembro de 2008.

Somente em 1891, com a Constituição Republicana, é que foi incorporada ao ordenamento brasileiro a jurisdição constitucional. Rui Barbosa, artífice da República, sempre demonstrou paixão pelo direito norte-americano, razão pela qual fez constar na Carta Republicana não só os modelos federativo e presidencialista, prelecionados pelos EUA, como também o sistema judicial, difuso e incidental de aferição de constitucionalidade. Em função desta admiração pessoal, Rui Barbosa introduziu o Brasil na vanguarda constitucional mundial, tendo em vista que muitos países, inclusive europeus, ainda não estavam dotados de tal possibilidade de controle. Portugal, como destaca Canotilho, só foi consagrar o sistema difuso e incidental na Carta Política de 1911, ou seja, 20 anos após a experiência brasileira.

O STF foi instalado em 28 de fevereiro de 1891, composto por 15 magistrados para o exercício da função de Corte Constitucional no Brasil. Ao longo do século XX a Corte Maior passou por modificações, como a redução do número de membros e a mudança de denominação⁵, o seu papel, porém, só passou por modificação substancial com a Constituição da República de 1988, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, com quem dividiu a competência recursal.

III. 2. A Trajetória Brasileira na Recepção do Controle de Constitucionalidade

Não obstante o esforço de recepção do modelo, as adaptações feitas no Brasil geram algumas problemáticas imprevistas. A incorporação do sistema americano pelo ordenamento pátrio deixou de fora lógica dos precedentes vinculantes, que, de certa maneira, era o carro-chefe da hermenêutica, bem como do desenvolvimento constitucional naquele país. Ocorre que, no Brasil, a ausência dos precedentes vinculantes gerou a multiplicação de demandas repetidas, sem que houvesse uma solução à altura da questão surgida. Sobre esse momento histórico vale o ensinamento de Gustavo Binenbojm:

“A divergência de entendimentos entre juízes e mesmo, por vezes, entre tribunais, associada à inexistência de um sistema de vinculação aos precedentes, como o *stare decisis*, no direito anglo-saxônico, sempre foi fonte geradora de incerteza e insegurança jurídicas. Por outro lado, o sistema não oferecia solução para o problema da multiplicidade de demandas idênticas, fundadas na mesma questão constitucional. De fato, como a lei continuava formalmente em vigor (*on the books*) mesmo após haver sido declarada inconstitucional, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, não se evitava a proliferação de tantas ações quantos fossem os interessados naquela matéria.”

Na tentativa de solucionar a problemática originada, a Constituição de 1934 atribuiu ao Senado Federal a competência para suspender, no todo ou em parte, a execução da norma declarada inconstitucional pelo STF de maneira concreta⁶. Objetivou-se, com tal medida, dar efeito geral às decisões de inconstitucionalidade sem ofender o princípio da separação de poderes. Sendo o Senado Federal uma casa integrante do Poder Legislativo, coube a ele suspender a aplicação de norma tida como inconstitucional pela Corte Suprema. Não obstante o esforço, tal recurso pouco foi utilizado pela Casa Congressual, de maneira que as questões supra ainda persistiam, fato que acabou por tornar inócuo o novel instituto.

Após esse período de reinado absoluto da jurisdição constitucional difusa e incidental no Brasil, a Carta Constitucional de 1946 introduziu em nosso ordenamento o modelo concentrado de controle, através da instituição da representação interventiva, de competência do Procurador Geral da República para impugnar atos estaduais. Esse foi o primeiro passo para a incorporação no Brasil do modelo concentrado de constitucionalidade, à luz do que vinha ocorrendo nos países da Europa Continental.

Seguindo a mesma tendência de concentração de controle, a Emenda número 16 de 1965 instituiu o controle abstrato da constitucionalidade de normas federais e estaduais, inaugurando o modelo abstrativizado no Brasil, portanto. Assim, o

⁶ Art. 91, inciso IV da Constituição de 1934.

nosso sistema passou a ser misto, tendo em vista a incorporação dos modelos difuso-incidental, típico dos EUA, e concentrado-abstrado, à luz da doutrina de Hans Kelsen.

Foi um longo período desde a Lei Maior de 1891 para a incorporação do modelo abstrato no ordenamento pátrio e, ao mesmo tempo em que tal fato ocorria, o modelo difuso permanecia estagnado à previsão original, sem substanciais modificações (salvo a competência do Senado instituída em 1934 e mantida pelas demais Cartas Constitucionais).

A Constituição de 1967 (bem como a Emenda Constitucional nº. 1 de 1969) manteve a sistemática do modelo misto com a legitimação exclusiva do Procurador Geral da República para deflagrar a aferição concentrada de constitucionalidade, único com essa atribuição desde a recepção do modelo concentrado pelo Brasil em 1946. Tal modelo perdurou até a o advento da Constituição Cidadã em 1988. O período em epígrafe, pré-constituição de 1988, encontra-se muito bem delineado por Gilmar Mendes (Curso de Direito Constitucional)

“Ao final dos anos oitenta, conviviam no sistema de controle de constitucionalidade elementos do sistema difuso e do sistema concentrado de constitucionalidade, ensejando-se *modelo híbrido* ou *misto* de controle. Não obstante, o monopólio da ação direta exercido pelo Procurador-Geral da República, que, em grande medida, realizava a idéia de designação de um advogado da Constituição, defendida por Kelsen em 1928, não produziu alteração substancial em todo o sistema de controle. A ação direta subsistiu como elemento acidental no âmbito de um sistema difuso predominante.”

O monopólio da legitimidade ativa para deflagração do controle concentrado pelo Procurador-Geral da República sofreu várias críticas ao longo do período, mas, somente em 1988, é que o rol de legitimados para propositura das ações diretas de controle constitucional foi ampliado, seguindo o ideal democrático em que se baseou a Assembléia Constituinte desse período.

Ocorre que, esse mesmo ideal democrático que permitiu a ampliação dos legitimados ativos para deflagração da aferição constitucional concentrada funcionou como uma faca de dois gumes, trazendo um prejuízo substancial para o sistema misto brasileiro, como se observará.

III. 3. A Extinta Arguição de Relevância da Questão Federal

Antes da “Constituição Cidadã”, a despeito de não existir em nosso ordenamento a lógica do *stare decisis*, que possibilitava a adoção dos precedentes vinculantes, não era toda e qualquer causa que chegava até a Corte Maior. Era possível a realização, por parte dos Ministros, de uma filtragem nas causas, o que permitia que somente aquelas demandas com relevância jurídica ou social generalizada, respaldadas pelo interesse público, fossem objeto de análise pelo STF.

Essa filtragem possuía a denominação de Arguição de Relevância da Questão Federal e foi o instituto responsável pela seleção das causas que mereceriam a apreciação do STF. Tal instituto foi introduzido em 1975, através da Emenda Regimental número 3, que alterou o art. 308 do Regimento Interno do STF.

Posteriormente, em 1977, o instituto foi elevado a nível constitucional através da Emenda Constitucional nº. 7, que transformou a relevância num requisito constitucional para o Recurso Extraordinário insculpido na Carta de 1967.

Cumprir destacar que a presente arguição não se tratava de um recurso individualizado, mas, antes disso, constituía-se num pressuposto processual específico ao Recurso Constitucional. Neste sentido, vale a lição do Ministro Alfredo Buzaid relator da Reclamação 147-4/SP⁷:

“1. Reclamação. Fundamento em rejeição de arguição de relevância da questão federal. 2. A arguição de relevância da questão federal não é novo recurso; a sua finalidade não é

⁷ STF, Pub. DJ 01 jan. 1983, Reclamação 147-4/SP, Rel. Min. Alfredo Buzaid.

decidir "*hic et nunc*" o recurso extraordinário no seu merecimento; o julgamento da arguição de relevância não é ato de prestação jurisdicional. 3. O acolhimento da arguição de relevância afasta o óbice regimental e abre a via do recurso extraordinário. 4. A expressão "autoridade de suas decisões", constante do art. 156 do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, não concerne a julgamento tomado em sessão do conselho, relativo a lide que é objeto do processo. A decisão do conselho, que rejeita a arguição de relevância, não valida decisão de mérito do tribunal de origem. Não se conhece da reclamação."

A arguição, ao permitir uma seleção pelo STF das causas que seriam apreciadas, propiciou certo controle do sistema difuso de aferição constitucional, bem como do número de recursos submetidos a julgamento pelo Colendo Órgão. Porém, como se pode observar, a questão de relevância foi uma inovação trazida pelo período de ditadura militar. Por essa razão, o contexto histórico acabou transformando-a em um entrave para a defesa dos direitos e garantias fundamentais. Acabou revelando-se um mecanismo com feição mais política do que propriamente jurídica, sendo, pois, taxado de autoritário, fato que o condenou à abolição nos anos vindouros.

Em 1985, já no fim do período ditatorial, foi editada a Emenda Regimental nº. 2, alterando o Regimento Interno do STF e prescrevendo as hipóteses de Recurso Extraordinário que dispensavam a demonstração de relevância. Todas as demais questões precisariam ainda evidenciar a relevância. A alteração foi um avanço gradual, mas que já apresentava ao mundo jurídico o próximo passo a ser tomado: a abolição do instituto considerado como restritivo ao acesso à justiça e à concretização dos direitos fundamentais.

Assim, a Constituição de 1988, com grau de garantismo sem precedentes na história constitucional, acabou por extinguir o instituto, por considerá-lo uma medida arbitrária, que impediria o amplo acesso à justiça, consubstanciado, inclusive no art. 5º, XXXV da Carta Maior. Tal medida, como se demonstrará, acabou impossibilitando uma filtragem, por parte do STF, das causas que mereceriam a sua aplicação, gerando, então uma enxurrada de processos e recursos sem repercussão geral. Tendo em vista a complexidade do tema, ele será abordado em tópico específico.

III. 4. O Modelo Difuso e Incidental de Controle de Constitucionalidade no Brasil Pós-1988

A Carta Política de 1988 foi editada no momento histórico de redemocratização que sucedeu às décadas de autoritarismo militar. Coube a ela concluir o movimento de extinção da arguição de relevância, abolindo-a totalmente.

A Lei Maior optou por não adotar uma seleção do que seria ou não relevante, certamente, em razão do temor de formatar uma Corte Suprema com contornos inapropriados a um Estado democrático de direito. Resultado: a Corte Suprema naufragou durante mais de uma década (a de 1990), trôpega e amorfa, em meio ao mar de processos sem repercussão social. Neste sentido é de muita valia a pesquisa realizada pelo STF sobre a distribuição de processos ao longo dos anos de 1990, trabalho que se pede vênica para reproduzir aqui:

Percentagem de RE e AI em relação aos processos distribuídos - 1990 a 2008*

Ano	1990	1991	1992	1993	1994	1995
Total Processos Distribuídos	16.226	17.567	26.325	23.525	25.868	25.385
AI Distribuídos	2.465	5.380	7.838	9.345	8.699	11.803
% AI / Relação Processos Distribuídos	15,2	30,6	29,8	39,7	33,6	46,5
RE Distribuídos	10.780	10.518	16.874	12.281	14.984	11.195
% RE / Relação Processos Distribuídos	66,4	59,9	64,1	52,2	57,9	44,1
SOMA RE + AI	13.245	15.898	24.712	21.626	23.683	22.998
% AI + RE / Relação Processos Distribuídos	81,6	90,5	93,9	91,9	91,6	90,6

Ano	1996	1997	1998	1999	2000	2001
-----	------	------	------	------	------	------

Total Processos Distribuídos	23.883	34.289	50.273	54.437	90.839	89.574
AI Distribuídos	12.303	16.863	26.168	29.677	59.236	52.465
% AI / Relação Processos Distribuídos	51,5	49,2	52,1	54,5	65,2	58,6
RE Distribuídos	9.265	14.841	20.595	22.280	29.196	34.728
% RE / Relação Processos Distribuídos	38,8	43,3	41,0	40,9	32,1	38,8
SOMA RE + AI	21.568	31.704	46.763	51.957	88.432	87.193
% AI + RE / Relação Processos Distribuídos	90,3	92,5	93,0	95,4	97,4	97,3

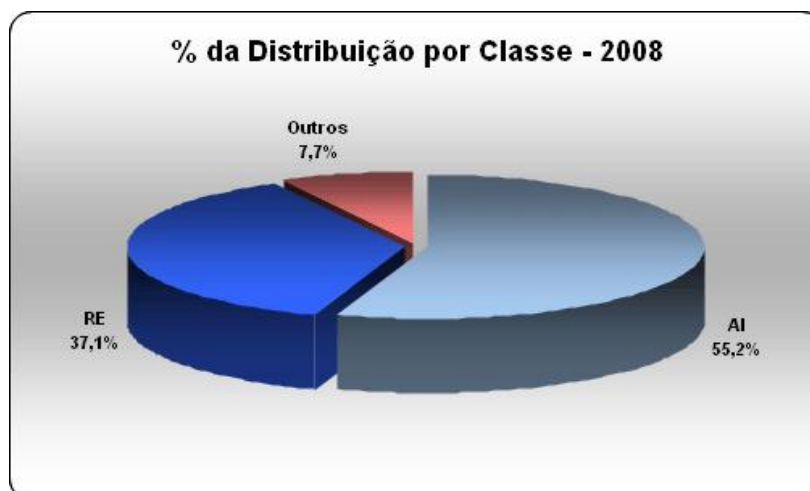
Ano	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008*
Total Processos Distribuídos	87.313	109.965	69.171	79.577	116.216	112.938	43.842
AI Distribuídos	50.218	62.519	38.938	44.691	56.141	56.909	24.210
% AI / Relação Processos Distribuídos	57,5	56,9	56,3	56,2	48,3	50,4	55,2
RE Distribuídos	34.719	44.478	26.540	29.483	54.575	49.708	16.270
% RE / Relação Processos Distribuídos	39,8	40,4	38,4	37,0	47,0	44,0	37,1
SOMA RE + AI	84.937	106.997	65.478	74.174	110.716	106.617	40.480
% AI + RE / Relação Processos Distribuídos	97,3	97,3	94,7	93,2	95,3	94,4	92,3

*Dados de 2008 atualizados até julho.

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF⁸.

Cumpre ainda destacar o gráfico também formulado pelo STF sobre a distribuição e processos organizados por classe no ano de 2008:

⁸ Disponível na Internet no sítio: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>. Acesso em 20 de agosto de 2008.



Com a análise das tabelas supra, pode-se observar que a distribuição de processos no STF passou por três momentos de ascensão e estabilidade ao longo da década de 1990.

Primeiramente, observa-se um crescimento nos primeiros anos da década de 1990, quais sejam, 1990-1991-1992, quando os números saltaram da casa dos 16.000 para a casa dos 26.000 recursos. Após esse período, seguiu-se uma certa estabilização nos anos de 1993 a 1996, com a distribuição mantendo-se oscilando na faixa dos 23.000 aos 26.000 processos por ano.

De acordo com os dados, ocorre novamente um crescimento no final da década de noventa, entre os anos de 1996 a 2000, sendo que neste último ano já se observa um número de distribuições quase seis vezes maior do que o observável em 1990 (apenas 10 anos atrás). Constatase um novo período de estabilidade nos anos de 2001 e 2002 com um crescimento exacerbado em 2003, chegando-se ao valor impressionante de 109.965 neste ano. Levando-se em conta que o STF é composto por 11 integrantes, chega-se à impressionante média de quase 10.000 processos por Ministro no ano em epígrafe.

Finalmente, destaca-se o crescimento exponencial nos anos de 2004 a 2006, com manutenção do nível em 2007. Observa-se que em 2007 houve um número

de distribuições quase sete vezes maior do o verificado em 1990, ou seja, apenas 17 anos depois.

Constata-se ainda, segundo o gráfico supra que o número de Recursos Extraordinários e Agravos de Instrumento em 2008 representam 92,3% do total dos processos distribuídos perante a Corte Constitucional do Brasil. Dentro da cifra restante, vale dizer, 7,7%, estão todas as demais ações originárias e recursos de competência do STF, inclusive as ações de controle concentrado de constitucionalidade. Observa-se, assim, um descontrole com relação ao número de recursos que chegam até o Pretório Excelso, prejudicando seriamente as demais atividades do Tribunal, inclusive a própria função de Corte Constitucional no que tange às ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Feita a análise quantitativa dos processos distribuídos e a relação com os Recursos Extraordinários e Agravos de Instrumento, cumpre agora observar as estatísticas referentes aos processos autuados por ano, de 1990 a 2007, classificados de acordo com o ramo do direito⁹:

	2004	2005	2006	2007	TOTAL GERAL
Administrativo	17.219	22.554	36.040	28.754	104.567
Civil	35.412	39.298	56.151	43.698	174.559
Constitucional	994	1.694	3.665	3.803	10.156
Outros	908	1.003	2.172	1.199	5.282
Penal	2.952	4.770	5.574	5.655	18.951
Trabalhista	3.930	4.506	6.730	8.149	23.315
Tributário	9.401	11.382	18.747	16.842	56.372
TOTAL GERAL	70.816	85.207	129.079	108.100	

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	TOTAL GERAL
Administrativo	6.524	6.624	6.243	13.080	8.647	16.769	22.870	80.757
Civil	8.683	7.030	21.713	60.813	71.743	55.872	57.128	282.982

⁹ Estatísticas também elaboradas e fornecidas pelo STF, disponíveis na Internet no sítio: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>. Acesso em: 20 de novembro de 2008

Constitucional	8.751	3.949	3.687	6.740	2.732	1.783	1.123	28.765
Outros	445	26.645	17.916	2.213	1.444	1.603	1.532	51.798
Penal	2.187	947	683	623	966	1.102	2.155	8.663
Trabalhista	3.449	2.534	2.708	4.433	4.802	5.996	6.071	29.993
Tributário	5.617	4.273	3.086	5.376	6.060	9.205	18.382	51.999
TOTAL GERAL	35.656	52.002	56.036	93.278	96.394	92.330	109.261	

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	TOTAL GERAL
Administrativo	18.441	11.556	1.820	2.683	3.641	3.591	3.316	45.048
Civil	10	1.692	3.778	4.512	3.427	4.264	5.334	23.017
Constitucional	82	2.955	13.800	11.547	13.481	9.473	8.146	59.484
Outros	16	5	2	2	2	2	24	53
Penal	4	464	1.251	1.461	1.743	1.987	1.933	8.843
Trabalhista	1	330	712	1.001	1.638	3.651	2.498	9.831
Tributário	9	1.408	3.175	2.954	2.732	2.871	4.351	17.500
TOTAL GERAL	18.563	18.410	24.538	24.160	26.664	25.839	25.602	

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.

Observando-se as tabelas, alguns pontos chamam a atenção. Primeiramente, pode-se perceber claramente que no início da década de 1990, o número de processos abordando temática de direito constitucional superava os valores referentes à temática de direito civil. Se somados os processos constitucionais com outros ramos do direito público, tais como direito administrativo e tributário, a cifra ultrapassa significativamente os julgamentos de natureza privada. Pode-se concluir, com base nesta informação, que o STF, no início dos anos de 1990, ainda guardava a sua natureza de Corte Constitucional, analisando mais as questões de direito do Estado do que de outros ramos do direito, realizando um bom trabalho em sede constitucional.

Ocorre que, no final dos anos de 1990 e início dos anos de 2000, houve um crescimento exponencial das causas de natureza civil, em detrimento das de teor constitucional. Chegou-se ao extremo de em 2006 ter-se a impressionante cifra de 56.151 processos civilísticos contra apenas 3.665 processos constitucionais.

No período de 1997 a 2003, conforme as tabelas, foram autuados 282.982 processos privatísticos contra apenas 28.765 de cunho constitucional, 80.757 de natureza administrativa e 51.999 tributários. Somando-se estes três últimos obtém-se o valor de 161.521 processos de “direito do Estado”, ou seja, 121.461 autuações a menos que os referentes à direito civil.

Evidencia-se, assim, que o STF passou, ao longo dos anos, a examinar muito mais processos de interesse privatista do que demandas de cunho publicístico, exercendo, em verdade, a função de mais um grau ordinário de recurso do que de uma corte constitucional propriamente dita. Tal atividade da Corte Maior, como instância ordinária de recurso, pode ser observado no seguinte acórdão¹⁰, onde se debatia a indenização por danos morais decorrente de fraudes por partes de árbitros de futebol durante o campeonato brasileiro:

“EMENTA: Código de Defesa do Consumidor. Danos materiais e morais. Recurso Extraordinário interposto pela Confederação Brasileira de Futebol – CBF. Ausência de repercussão geral.

Decisão: Decisão: O Tribunal, por maioria, recusou o recurso extraordinário ante a ausência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o ministro Marco Aurélio.”¹¹,

No caso em epígrafe turma recursal de juizado especial cível manteve sentença de primeiro grau que condenava a CBF no pagamento de danos morais por condutas fraudulentas de árbitros de futebol que prejudicaram o time do demandante. Insatisfeita com a decisão, a CBF recorreu, extraordinariamente, ao STF alegando violação a preceitos constitucionais, dentre eles o art. 5º, X da Carta Maior.

Em seu voto, o Ministro Menezes Direito, relator do presente caso, rejeitou a existência de repercussão geral no recurso, não o admitindo, portanto. Vale destacar trecho de seu voto muito elucidativo:

¹⁰ STF, J. 29 nov. 2007, RE 565138 RG / BA, Rel. Min. Menezes Direito

¹¹ STF, J. 29 nov. 2007, RE 565138 RG/BA, Rel. Min. Menezes Direito.

“Manifesto-me no sentido de não haver repercussão geral da questão constitucional objeto do presente recurso extraordinário, tendo em vista não cuidar de nenhuma matéria relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que possa ultrapassar os interesses subjetivos da presente causa. Os danos morais indenizáveis, na situação dos autos, decorrem de fatos particulares e específicos do caso concreto, tais como o eventual entusiasmo do autor para acompanhar e torcer pelo seu time predileto e o fato dessa agremiação, segundo consta na petição inicial, ter sido rebaixada da segunda para a terceira divisão do campeonato brasileiro. Assim, não extrapola os limites da causa ora julgada o fato de as instâncias ordinárias reconhecerem, mediante o quadro fático delineado nos autos, os danos morais inflingidos ao autor.”

Evidencia-se, assim, que o Pretório Excelso tem recebido diversas demandas de interesse exclusivamente privado por ser visto perante a classe jurista nacional como mais um grau de recurso, para o caso de insatisfação com decisões de instâncias inferiores.

Neste contexto, é interessante apontar mais uma tabela fornecida pelo próprio Pretório Excelso, na Internet¹², referente às ações de controle concentrado, por ele apreciadas:

Ações Diretas de Inconstitucionalidade - 1988 a 2008*

Decisão Final	Qtd.	%
Procedente	664	16,0%
Procedente em parte	168	4,0%
Improcedente	166	4,0%
Não conhecida	1.728	41,5%
Total Decisão Final	2.726	65,5%
Liminar	Qtd.	%
Com liminar deferida	244	5,9%
Com liminar deferida em parte	69	1,7%
Com liminar indeferida	128	3,1%
Prejudicada	22	0,5%

¹² Disponível na Internet no sítio:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>. Acesso em 20 de novembro de 2008.

Total Liminar	463	11,1%
Aguardando julgamento	974	23,4%
Total de Distribuídas	4.163	100%

* Dados de 2008 atualizados até outubro.

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.

Como se observa, de 1988 a 2008, ou seja, dentro de um lapso temporal de 20 anos, apenas 4.163 ações diretas de inconstitucionalidade foram distribuídas junto ao STF. Se comparada com o número de autuações de processos cíveis apresentados, o valor ora em evidência torna-se ínfimo. No período de 1990 a 2007, de acordo com as tabelas supra, foram autuados 480.558 processos referentes a direito civil. Feita a relação com o número de ADI's, constata-se que o número de distribuições destas últimas corresponde a menos de 1% das autuações das primeiras.

Uma conclusão plausível de se chegar é que o funcionamento da Corte Maior como mais um grau ordinário de recurso acabou por sobrecarregá-la de trabalho e, dentro deste excesso de labor, a aferição de temas de cunho constitucional foi relegado a um segundo plano, tanto em sede de controle difuso e incidental, quanto em sede de controle concentrado e abstrato.

A apresentação dos dados supra teve como escopo de demonstrar a sufocação do STF ao longo da década de 1990 e início dos anos 2000. Logicamente, um estudo mais pormenorizado seria bastante interessante para tentar explicar os momentos de ascensão e estabilização das cifras, mas tal temática, por si só, já daria um verdadeiro trabalho monográfico autônomo, razão pela qual pede-se licença para dispensar tal estudo por ora, sob pena de perder-se o foco do presente trabalho.

O estudo das tabelas e gráficos supra permite concluir que são necessários mecanismos de controle, para que o STF possa, equânimemente, equilibrar as suas funções, sem necessitar relegar nenhuma à segundo plano. Tais instrumentos foram introduzidos no ordenamento jurídico através da EC 45/04, vale dizer, os institutos da súmula vinculante e da repercussão geral, que tem como escopo desafogar o poder judiciário, em especial o próprio STF, conferindo maior celeridade no

julgamento de processos relativos ao controle difuso e incidental de constitucionalidade. Tendo em vista a relevância dos institutos, estes serão analisados em tópicos próprios.

IV. Medidas de Recuperação da Função Constitucional da Corte Mario Brasileira

IV. 1. Repercussão Geral: Primeiro Remédio para a Crise

Diante desse quadro caótico que se instaurou no decorrer dos anos de 1990 e início de 2000, mister se fez uma reforma para reestruturar a função precípua de Corte Constitucional do STF, que havia se transformado em um nível recursal ordinário na estrutura judiciária brasileira.

Diante deste quadro, editou-se a Emenda Constitucional nº 45 de dezembro de 2004, que teve como objetivo resolver diversas questões que assolavam a atividade do Judiciário nacional, razão pela qual recebeu a denominação de Emenda da Reforma do Judiciário. Para o STF, a referida reforma trouxe dois mecanismos voltados para a redução de recursos, quais sejam: o pressuposto da repercussão geral para os Recursos Extraordinários e o instituto da súmula vinculante.

O primeiro mecanismo citado, vale dizer, o instituto da repercussão geral, surge como um instituto de filtragem, com objetivo combater o acesso indiscriminado ao Supremo Tribunal Federal, como mais uma instância ordinária de jurisdição. Isso porque, como já demonstrado, várias ações repetidas e irrelevantes aportam no Tribunal, impedindo que causas com alto grau de relevância atraiam na Corte rapidamente e, a elas, seja dispensada a atenção merecida.

Estruturalmente, cuida-se a repercussão geral de uma releitura democratizada da antiga “arguição de relevância da questão federal”, extinta em 1988 com a Carta da República. Após 16 anos sem qualquer tipo de possibilidade de seleção das causas que seriam apreciadas pela Corte Constitucional, a EC nº45/04 acrescentou ao art. 102 da CRFB, um parágrafo terceiro, que consagrou o instituto em análise, com a seguinte redação:

“Art. 102. § 3º da CRFB: No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

De acordo com a nova disposição, o Tribunal poderá negar seguimento ao recurso alegando a falta de repercussão geral, mediante manifestação de dois terços dos seus membros. Busca-se, com essa alteração na Constituição, atingir uma competência recursal que se norteie pelos princípios da relevância constitucional e do interesse público, excluindo desse âmbito causas em que estejam em jogo somente os interesses particulares. O requisito de dois terços dos membros para negar seguimento ao recurso por carência de repercussão geral surge como medida de segurança jurídica, tendo em vista que exige um debate, além de certo consenso sobre o tema.

Assim, tal como o tratamento dispensado em relação à antiga arguição de relevância, extinta em 1988, a repercussão geral não surge como um recurso autônomo, mas sim como um pressuposto recursal específico que vincula a apreciação do recurso extraordinário.

Pode-se observar ainda que, a despeito de inspirada no antigo pressuposto da “relevância da questão federal”, a nova regulamentação aprendeu com as críticas feitas à esta última pela doutrina nacional. Por essa razão, exige-se que as decisões que aceitam ou rejeitam a existência de repercussão geral sejam sempre fundamentadas, além de aplicadas para casos análogos, evitando-se uma admissão com base em critérios de conveniência política. O novo instituto, embora continue sendo, na prática, um obstáculo para a via recursal constitucional, surge com uma feição mais democrática que a antiga arguição de relevância, tendo em vista esses critérios de

controle instituídos pela atual regulamentação. Nesse sentido, vale a ponderação feita por Luis Roberto Barroso¹³ acerca do instituto:

“O debate, sem dúvida, é instigante e necessário, mas é preciso ter em conta que a inexistência de um mecanismo explícito de seleção de causas não seria capaz de impedir um tribunal enfraquecido ou parcial de se retrair e evitar confrontos. Até porque os critérios tradicionais de admissibilidade – que não costumam ser exclusivamente objetivos – também podem, em tese, prestar-se ao papel de rechaçar os casos politicamente difíceis, com o agravante de tal opção restar encoberta. Assim, parece mais democrático que o filtro da Corte seja explícito, até para que fique exposto à crítica pública. No caso do Brasil, o controle democrático seria potencializado pela exigência de motivação da decisão, sobretudo da que considerar determinada questão irrelevante. Vale, contudo, o registro de que o mecanismo, por sua própria natureza e funções, não comporta a exigência de fundamentação exaustiva.

Outro fator de legitimação é o quorum exigido para que o STF deixe de conhecer um recurso extraordinário por inexistência de repercussão geral. A negação de acesso à corte dependerá do voto de dois terços de seus membros – outros ministros, portanto – independentemente do número de julgadores presentes na seção. Essa providência evita que questões sejam preteridas por maiorias apertadas, reduzindo o ônus político associado à utilização da barreira.”

Desta feita, a repercussão geral pode ser definida como uma situação jurídica de importância tal que ultrapasse as barreiras da lide tradicional, onde contendem autor e réu. Em verdade, a questão jurídica debatida e solucionada não pode estar adstrita às partes do processo, mas deve ser objeto de preocupação geral, fora do processo, envolvendo parcela significativa da sociedade.

Em sede positivista, em 19 de dezembro de 2006 foi editada a lei nº 11.418 que regulamenta o parágrafo adicionado ao art. 102 da Carta Maior e adiciona artigos ao Código de Processo Civil¹⁴ com a finalidade de adequar a ordem jurídica ao

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Saraiva: Rio de Janeiro, 2007. p.101-2.

¹⁴ Artigos introduzidos: art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

novel instituto e conferindo à repercussão geral o tratamento que vem sendo descrito por este trabalho.

Destaque-se que a repercussão geral deve ter um uso ponderado, segundo uma ideologia de imparcialidade e tecnicidade, para só assim sanar o caos que se instaurou na jurisdição constitucional brasileira. É fato que, hodiernamente, as partes e os advogados não se dão por satisfeitos até o esgotamento das vias recursais com pronunciamento definitivo pelo STF. Porém, se, de um lado, é preciso diminuir essa obsessiva cultura de litigiosidade que leva a um fetichismo pela Corte Suprema, por outro lado, a segurança jurídica, almejada com o novo instrumento, não pode servir de pretexto para atropelar os valores constitucionais. O equacionamento dessa tensão será o fio-condutor do bom uso do instituto, que surge, assim, como um dos remédios para tentar sanar a crise da desnaturação da Corte Constitucional Brasileira.

IV. 2. Súmula Vinculante: Segundo Remédio para a Crise

Uma segunda alternativa adotada pela Reforma de 2004 com o fim de desafogar o STF foi a possibilidade de adoção, por parte desta Corte de súmulas com efeito vinculante para o Poder Judiciário e para a Administração Pública direta e indireta¹⁵.

Compulsando-se a legislação pretérita, observa-se que já se utilizava o instituto das súmulas no direito brasileiro, com a diferença de que não havia previsão de efeito vinculante para as mesmas na codificação processual. Neste sentido, vale destacar lição da Ministra Carmem Lúcia sobre as funções das súmulas no direito pátrio:

“Em dois sentidos se tem empregado a palavra súmula no direito positivo brasileiro: no primeiro, tem-se a súmula como sendo o

¹⁵ Sobre a temática ver: LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Súmulas vinculantes: estudos de casos e parâmetros para criação, revisão e cancelamento.** *Revista de direito dos monitores da Universidade Federal Fluminense*. v.2, p. 118-133, 2008. Disponível em www.uff.br/rdm. No artigo apontado, o autor apresenta requisitos e parâmetros para criação, revisão e cancelamento de súmulas vinculantes, bem como realiza um estudo sobre as primeiras súmulas editadas pela Corte Constitucional Brasileira.

resumo de um julgado, enunciado formalmente pelo órgão julgador; no segundo, constitui ela o resumo de uma tendência jurisprudencial adotada, predominantemente, por determinado tribunal sobre matéria específica, sendo enunciada em forma legalmente definida e publicada em número de ordem.”

Assim, embora houvesse a previsão de súmulas no CPC de 1973, estas possuíam como função apenas a uniformização de jurisprudência e não o efeito de vinculação hoje possível. Este é o teor do art. 479 do CPC:

“Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.”

Com o advento da Constituição de 1988, atribui-se ao STF e o STJ, cada uma em sua órbita de competência, o dever de pacificar a jurisprudência nacional. A partir deste momento, observa-se um crescimento no uso das súmulas, até porque mudanças significativas foram feitas na legislação com vistas a fortalecer o instituto em epígrafe.

Em 1990, por exemplo, foi positivado na Lei 8.038 (art. 38) o mecanismo da súmula impeditiva de recursos, por meio do qual o relator (no STF ou no STJ) poderá negar seguimento a recurso que contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo Tribunal. Observa-se, com a medida, evidente esforço no sentido de desafogar os tribunais em destaque, já tão sufocados por excesso de trabalho.

Cumpre apontar que a súmula impeditiva de recurso não se confunde com a súmula vinculante, uma vez que, a despeito de ambas terem surgido como resposta ao excesso de ações, elas possuem finalidades e origens legislativas diversas e singulares.

Posteriormente, a disposição legal que prescreveu a possibilidade de negar seguimento a recurso em confronto com súmula de tribunal superior, foi ampliada para permitir tal tipo de decisão por parte de magistrados integrantes de tribunais de 2ª

instância. A lei 9.756/98 alterando a redação do art. 557 do CPC prescreveu a possibilidade de negação, pelo relator, de seguimento ao recurso manifestamente improcedente, inadmissível, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência predominante nos Tribunais Superiores.

Nesta trajetória em busca de um judiciário mais célere, a Emenda Constitucional 45 de 2004 configura-se um marco, razão pela qual recebeu a alcunha de Emenda da Reforma do Poder Judiciário. Dentre as diversas propostas e modificações por ela introduzidas, pode-se destacar a súmula vinculante. A despeito de todo o desenvolvimento das súmulas ao longo da trajetória, foi a referida emenda que acabou positivando o instituto no então novel art. 103-A da CRFB. Eis o seu teor:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta**, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (grifou-se).”

As súmulas vinculantes, introduzidas pela Emenda supra, são parecidas com as súmulas (não-vinculantes) já bastante editadas pelo STF, de ofício ou mediante provocação, porém com um diferencial: o caráter obrigatório e a força de lei, com o condão de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública, direta ou indireta, em todos os níveis da federação. Vale lembrar que tal efeito é similar ao empregado no controle abstrato de constitucionalidade, cuja decisão possui eficácia *erga omnes*. Nesse sentido, interessante a observação de Gilmar Mendes:

“Vê-se, pois, que a súmula do Supremo Tribunal Federal, que deita raízes entre nós nos assentos da Casa de Suplicação, nasce com caráter oficial, dotada de perfil indiretamente obrigatório. E, por conta dos recursos, constitui instrumento de autodisciplina do Supremo Tribunal Federal, que somente deverá afastar-se da orientação nela preconizada de forma expressa e fundamentada.

Essas diretrizes aplicam-se também à súmula vinculante consagrada na Emenda nº 45/2004. É evidente, porém, que a súmula vinculante, como o próprio nome indica, terá o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo, não mediante simples interposição de recurso, mas por meio de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial (CF, art. 103-A)”.

IV. 3. O Garantismo Procedimental como Resposta às Críticas Técnico-Judiciais¹⁶

A obrigatoriedade de observância dos enunciados das súmulas sempre foi alvo de críticas por parte da doutrina. Tendo em vista o egresso do Brasil de um regime ditatorial que perdurou cerca de 20 anos e a adoção de uma constituição eminentemente democrática e garantista, a edição de verbetes vinculatórios por parte do Poder Judiciário sempre foi visto como medida arbitrária, contrárias aos ditames de certeza e justiça almejados por um recém criado país de liberdades.

Assim, debates acalorados foram travados na doutrina favorável e contrariamente à adoção desta sistemática. Ocorre que, diante do quadro de morosidade do judiciário em função do excesso de processos, a corrente técnico-jurídica democrática teve que ceder à visão de praticidade dos defensores das súmulas.

A despeito da “vitória” da ideologia partidária dos verbetes obrigatórios, não foram olvidadas as críticas feitas em sentido contrário. Tais argumentações serviram de base para a regulamentação do então novel instituto, conferindo, assim, um viés mais democrático para os enunciados.

Neste sentido, vale observar-se o teor do artigo 3º da Lei 11.417/2006, que regulamentou a edição das referidas súmulas. A norma em epígrafe traz os

¹⁶ Sobre a temática em epígrafe ver: LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Súmula Vinculante: Críticas e Contra-argumentos**. *Mimeo*. No trabalho indicado o autor apresenta um rol de argumentos contrários e favoráveis à adoção das súmulas vinculantes, além de uma abrangente pesquisa bibliográfica sobre o tema.

legitimados para propositura de edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante. Comparando-se o bojo do dispositivo com o conteúdo da prescrição constitucional, consubstanciada no art. 103-A, §2º, observa-se a ampliação do rol dos legitimados ativos. Tal medida faz-se salutar numa sociedade democrática, uma vez que amplia a possibilidade de participação dos atores sociais nas decisões fundamentais do Estado. Destaca-se agora o citado mandamento constitucional:

“Art. 103-A, § 2º: Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.”

Nos termos do art. 103 da CRFB são legitimados ativos para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa; o Governador de Estado; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e, finalmente, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

À luz do preceito constitucional estes seriam também os legitimados para deflagrarem o procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante. Ocorre que a lei 11.417/2006, em seu art. 3º ampliou este rol, acrescentando, também, o Defensor Público-Geral da União (inciso VI) e os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares (inciso XI).

Além disso, o Município pode propor, ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, à luz do § 1º do citado dispositivo legal.

Como já dito, a ampliação da legitimação ativa constitui numa medida evidentemente democrática, com vistas a possibilitar a uma maior participação da sociedade do que a existente em sede de controle de constitucionalidade. São, evidentemente, respostas às críticas daqueles que são contrários às súmulas vinculantes. Neste sentido, são interessantes os apontamentos de Uadi Lammêgos Bulos:

“Registre-se que, no curso dos trabalhos de elaboração da Emenda Constitucional 45/2004, muitos disseram que as súmulas vinculantes comprometeriam as garantias constitucionais do devido processo legal, do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau e jurisdição e da inafastabilidade do controle judicial. Afirmavam, ainda, que sua adição provocaria o engessamento ou cristalização da jurisprudência, cerceando a capacidade criadora do magistrado e convertendo o Supremo Tribunal Federal em legislador. Segundo esses críticos, as súmulas vinculantes constituiriam resposta burocrática à crise da justiça, além de serem incompatíveis com a sistemática brasileira e com o status de agente político dos juízes. Pois bem, o art. 103-A, §2º, fulminou todos esses argumentos, ao permitir que os legitimados do art. 103, I a IX, do Texto Magno proponham a revisão ou o cancelamento dessas súmulas.”

Desta feita, observa-se que a melhor resposta que poderia ser dada às críticas ao instituto da súmula vinculante é, sem dúvida, a democratização do seu processo de edição, revisão e cancelamento, ampliando-se o rol dos legitimados ativos. Logicamente, a lista apresentada é ainda suscetível de críticas, na medida em que a sua ampliação se deu para a inclusão de novos órgãos estatais como, *e. g.*, a Defensoria da União e Tribunais Superiores, enquanto deveria, em verdade, cuidar de ampliar a participação de segmentos relevantes da sociedade civil. Mesmo assim, apesar das críticas, observa-se uma preocupação com a maximização do debate, através da ampliação dos seus atores. Tal prática é louvável e permite especular que, num momento futuro, haja um novo alargamento deste rol, para aí sim, incluir parcelas sociais mais próximas do cidadão em vez de novas entidades estatais.

V. Conclusão

Como pôde ser observado nos números apresentados, efetivamente o controle difuso e incidental de constitucionalidade causou uma certa elevação do número de processos remetidos para o STF. Tal elevação, por sua vez, realmente veio a prejudicar o trabalho da Corte Maior relegando para um segundo plano outras atividades, como o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Esta situação acaba fazendo com que os Ministros tenham pouco tempo para analisar os processos, dando votos, muitas vezes, contendo alguns equívocos básicos que, se houvesse um lapso temporal maior para dedicação, certamente não ocorreriam.

Logicamente, o controle difuso e incidental não deve ser visto como um mal que precisa ser expurgado da ordem jurídica. Muito pelo contrário. Tendo em vista que o rol de legitimados para a deflagração do controle concentrado e abstrato é restrito, presente no art. 103 da CRFB, mister se faz uma sistemática mais democrática, que permite a qualquer cidadão insurgir-se contra norma inconstitucional e a qualquer juiz o direito (dever) de afastá-la do caso concreto.

A problemática, portanto, não se situa no modelo, mas sim na forma como ele foi recepcionado pelo Brasil. Como visto no trabalho, a sistemática foi importada dos EUA e a Carta Política de 1988 optou por não recepcionar os mecanismos de vinculação decisional e de seleção de causas pela Corte Maior, existentes na matriz americana, por considerá-los institutos limitadores do amplo acesso à justiça, e, portanto, contrários ao quadro de garantismo constitucional que trazia em seu bojo. Assim, todo e qualquer recurso que atenda os requisitos processuais, passando pelo juízo de admissibilidade padrão, passou a ter o privilégio de ser julgado pela Corte Constitucional do Brasil, independentemente de sua temática ser de interesse exclusivo das partes ou de toda a coletividade.

Como pôde ser visto nas estatísticas fornecidas pelo próprio STF, o julgamento de recursos advindos segundo a sistemática difusa de jurisdição constitucional excede exponencialmente o número de ações diretas, advindas do controle concentrado, que ficaram, pelo menos sob o ponto de vista quantitativo, relegadas a um segundo plano, por força das contingências.

Por essa razão, a Emenda Constitucional 45/04 tentou remediar a situação inserindo em nosso ordenamento constitucional os mecanismos faltantes para o bom funcionamento do sistema difuso e incidental de controle constitucional, quais sejam, a vinculação das decisões (através das súmulas vinculantes) e a possibilidade de seleção de causas (através do requisito da repercussão geral no recurso extraordinário).

Logicamente, para se saber os efeitos destas reformas, é fundamental aguardar-se algum tempo, para só então, com base em novos dados, formar-se um balanço dos resultados. Porém, o prognóstico é o melhor possível, pois o STF já tem feito uso dos institutos de maneira ponderada e inteligente, negando seguimento a recursos flagrantemente de interesse exclusivo das partes e editando súmulas vinculantes sobre temáticas essenciais.

Por isso, acredita-se que o quadro atual é caótico, provocado, em grande parte, pelas falhas apontadas quando da incorporação do controle difuso e incidental no ordenamento constitucional (inclusive no período pós-1988), mas, os recém implantados institutos apontam para um norte positivo, onde a seleção de causas com técnica e equidade bem como a possibilidade de vinculação de decisões fundamentais restaurarão, inevitavelmente, a atividade e a função precípua do STF enquanto Corte Constitucional do Brasil.

VI. Referências Bibliográficas

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. Campinas: Russel Editores, 2004

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Saraiva: Rio de Janeiro, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. – 2ª Ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª Edição. Editora Malheiros: São Paulo, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª Edição (3ª Reimpressão). Coimbra: Editora Almedina, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira, et. al. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Editora Martins Fontes.

LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Súmula Vinculante: Críticas e Contra-argumentos**. *Mimeo*.

LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Súmulas vinculantes: estudos de casos e parâmetros para criação, revisão e cancelamento**. *Revista de direito dos monitores da Universidade Federal Fluminense*. v.2, p. 118-133, 2008. Disponível em www.uff.br/rdm.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Sobre a súmula vinculante**. *Revista de Direito Administrativo* 210: 1997

Sítio na internet: www.stf.gov.br